



Kass.-Nr. AA100093-P/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 23. November 2011

in Sachen

X. GmbH,

Beklagte und Beschwerdeführerin
vertreten durch Fürsprecher

gegen

Z. AG,

Klägerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

UWG

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 31. Mai 2010 (HG090063/U/dz)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beschwerdegegnerin bezweckt die Produktion und Herausgabe von Telefonverzeichnissen und gibt seit vielen Jahren Telefon- und Branchenverzeichnisse heraus. Die Beschwerdeführerin betreibt unter der Internetadresse aaaaaa eine Homepage, auf welcher sich nach Branchen gegliederte Adressen und Telefonnummern abrufen lassen (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 31. Mai 2010 = KG act. 2 S. 3 Erw. III.1).

2. Am 23. März 2009 reichte die Beschwerdegegnerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich eine Klage gegen die Beschwerdeführerin ein. Damit stellte sie das Rechtsbegehren, der Beschwerdeführerin sei unter Androhung von Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall zu verbieten, Offerten für den Abschluss von Insertionsverträgen in einem online Telefonverzeichnis mit der Internetadresse aaaaaa oder aaa-aaa gemäss der Beilage 1 zu dieser Klage im Geschäftsverkehr zu verwenden (HG [= Akten des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG090063] act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin beantragte die vollumfängliche Abweisung dieser Klage (HG act. 10 S. 2).

3. Nach durchgeführtem Hauptverfahren mit Klagebegründung (HG act. 1), Klageantwort (HG act. 10), Replik (HG Prot. S. 4, act. 14) und Duplik (HG Prot. S. 4 ff., act. 16) verbot das Handelsgericht (unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB) mit Urteil vom 31. Mai 2010 der Beschwerdeführerin, Offerten für den Abschluss von Insertionsverträgen in einem online Telefonverzeichnis mit der Internetadresse aaaaaa oder aaa-aaa gemäss HG act. 15/1 im Geschäftsverkehr zu verwenden (KG act. 2 S. 20).

4. Gegen das ihr am 14. Juni 2010 zugestellte (HG act. 27B) handelsgerichtliche Urteil vom 31. Mai 2010 reichte die Beschwerdeführerin am 23. August 2010 (KG act. 1) und damit rechtzeitig (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) beim Kassationsgericht eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt sie, das

angefochtene Urteil sei aufzuheben, und die Klage sei vollumfänglich abzuweisen (KG act. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 24. August 2010 wurde der Beschwerde antragsgemäss (KG act. 1 S. 2) aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5 Ziff. 5). Die ihr nach § 75 ZPO ZH auferlegte Prozesskaution von Fr. 14'500.-- (KG act. 5 Ziff. 4) leistete die Beschwerdeführerin fristgerecht (KG act. 6/1, 10). Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Mit ihrer innert erstreckter Frist (KG act. 12) erstatteten Beschwerdeantwort (KG act. 14) beantragt die Beschwerdegegnerin, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne (KG act. 14 S. 2). Diese Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 16). Weitere Eingaben erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht.

II.

Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

III.

1. Vorab rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe die Dispositionsmaxime im Sinne von § 54 Abs. 2 ZPO ZH verletzt, indem sie der Beschwerdeführerin verboten habe, Offerten gemäss HG act. 15/1 zu verwenden. Die Beschwerdegegnerin habe ein Verbot für die Verwendung des Formulars gemäss HG act. 4/1 und nicht HG act. 15/1 verlangt (KG act. 1 S. 5 f. Ziff. 10).

a) Die Beschwerdegegnerin beantragte nicht ein Verbot der Verwendung von HG act. 4/1, sondern sie beantragte ein Verbot von Offerten gemäss HG act. 4/1. Das Dokument HG act. 15/1 ist eine Offerte gemäss HG act. 4/1. Schon deshalb ist die Dispositionsmaxime durch den vorinstanzlichen Bezug auf HG act. 15/1 im Urteilsdispositiv nicht verletzt.

b) Mit der Klageschrift ans Handelsgericht reichte die Beschwerdegegnerin als Beilage 1 ein "Offertformular der Beklagten 1 betreffend Abschluss eines Insertionsvertrages im Branchenverzeichnis 'AAA-AAA'" ein (HG act. 1 S. 2 mit Verweisung auf HG act. 4/1). Mit der Replik reichte sie ein "Original eines Offertformulars der Beklagten vom 17. September 2009" ein (HG act. 14 S. 2 mit Verweisung auf HG act. 15/1) und äusserte sich dazu als zum streitigen von der Beschwerdeführerin verwendeten Formular (HG act. 14 S. 2 Ad 8; vgl. auch HG act. 15/2).

c) Die Beschwerdegegnerin betrachtete offensichtlich die Formulare HG act. 4/1 und HG act. 15/1 als identisch. Ihr Rechtsbegehren, mit welchem sie das Verbot von Offerten gemäss einem solchen Formular beantragte, bezog sich sowohl auf das Formular HG act. 4/1 als auch auf das Formular HG act. 15/1 (wie auch auf das Formular HG act. 15/2). Diese Formulare sind denn auch in ihrem wesentlichen umstrittenen Inhalt und in der Aufmachung identisch. Die von der Beschwerdeführerin in der Beschwerde betonten Unterschiede (Proportionen, Zeilenumbrüche, Wort "Konditionen" im Kleingedruckten, Gerichtsstand Zürich 1 bzw. Zürich 2 im Kleingedruckten [KG act. 1 S. 5 f., act. 3/7]) sind zumindest bezüglich des mit dem Rechtsbegehren der Beschwerdegegnerin Verlangten irrelevant. Indem die Vorinstanz der Beschwerdeführerin verbot, Offerten gemäss

HG act. 15/1 zu verwenden, sprach sie der Beschwerdegegnerin nichts anderes zu, als diese verlangte. Die Rüge geht fehl.

d) Die Vorinstanz wollte denn auch der Beschwerdegegnerin nichts anderes zusprechen als diese verlangte. Sie nahm im Urteil nicht aufgrund von Unterschieden in Inhalt und Gestaltung Bezug nicht auf HG act. 4/1, sondern HG act. 15/1, sondern ausschliesslich deswegen, weil auf HG act. 15/1 das Formular in Originalgrösse abgebildet sei (KG act. 2 S. 19 Erw. 3). Die Vorinstanz wollte Offerten gemäss den im vorinstanzlichen Verfahren umstrittenen (im Wesentlichen identischen) Formularen verbieten (und tat das auch mit dem Verbot "gemäss act. 15/1" im Dispositiv). Das wollte die Beschwerdegegnerin mit ihrem Rechtsbegehren auch. Es liegt keine Verletzung der Dispositionsmaxime vor.

2. Im Folgenden macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe zahlreiche aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahmen im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO ZH getroffen (KG act. 1 S. 6 ff.).

2.1. Folgende Vorbemerkungen sind zu diesen Rügen anzubringen:

a) Gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO ZH ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig, soweit der Weiterzug an das Bundesgericht möglich ist und dieses dabei frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel zutrifft. Dies trifft bei der - gegen das angefochtene handelsgerichtliche Urteil mit einem Streitwert von Fr. 100'000.-- (KG act. 2 S. 19 Erw. VI) zulässigen (vgl. Art. 72 ff. BGG; vgl. auch die zutreffende vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung in KG act. 2 S. 20 Ziff. 6.b) - Beschwerde in Zivilsachen hinsichtlich der Anwendung von Bundesrecht zu. Dies gilt auch für Rügen, welche die Anwendung der allgemeinen Lebenserfahrung betreffen. Solche Erfahrungssätze haben gewissermassen die Funktion von Normen und werden vom Bundesgericht den Rechtsätzen in dem Sinne gleichgestellt, dass ihre Anwendung vom Bundesgericht ebenfalls frei überprüft wird (vgl. Kass.-Nr. AA090173 vom 25.4.2011 Erw. III.1.f mit Hinweisen auf ZR 107 [2008] Nr. 59 und auf Kass.-Nr. AA080101 vom 20.7.2009 Erw. III.6.2 mit weiteren Hinweisen, insbes. auf Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, N 95; vgl. auch

Kass.-Nr. AA100106 vom 28.2.2011 Erw. II.15 m.w.H.). Auf Rügen der Verletzung von materiellem Recht wie auch auf Rügen, welche die Anwendung allgemeiner Lebenserfahrung betreffen, kann im vorliegenden Verfahren deshalb nicht eingetreten werden. Unter die Anwendung allgemeiner Lebenserfahrung fällt auch die Verwendung allgemein-notorischer Tatsachen (vgl. Kass.-Nr. AA090173 vom 25.4.2011 Erw. III.1.f).

b) Auch die Vertragsauslegung ist Anwendung von Bundesrecht (vgl. Kass.-Nr. AA090173 vom 25.4.2011 Erw. III.2.d mit Hinweis auf Kass.-Nr. AA090066 vom 29.5.2010). Vertragsbestimmungen sind Willenserklärungen. Tatfrage ist, ob und welche Worte gefallen sind und welche Vorstellungen der Erklärende und der Adressat mit den gefallenen Worten verbunden haben, insbesondere ob sie den Worten übereinstimmend eine bestimmte Bedeutung beigelegt haben. Lassen sich darüber keine zuverlässigen Feststellungen treffen, sind die Rechtsgrundsätze über die Auslegung von Willenserklärungen zur Anwendung zu bringen. Welche rechtliche Bedeutung einer Erklärung oder Willensäußerung nach diesen Grundsätzen zukommt, ist Rechtsfrage. Geht man davon aus, massgebend sei der Sinn, den der Adressat nach Treu und Glauben der Erklärung beilegen durfte, so hat der Richter die Erklärung nach rechtlichen Gesichtspunkten zu qualifizieren, ein Urteil nach Rechtsnormen zu fällen und nicht einen Tatbestand festzustellen. Es ist daher eine Rechtsfrage, welche Bedeutung einer Willenserklärung beizumessen sei (Kass.-Nr. AA090066 vom 29.5.2010 Erw. II.1.c mit Hinweis auf Max Guldener, Schweizerische Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 481). Auch die Prüfung, Interpretation, Auslegung und Subsumtion unter das UWG des streitgegenständlichen Formulars der Beschwerdeführerin (als Offerte zu einem Vertragsabschluss) ist mithin Anwendung von Bundesrecht.

c) Als eine Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 95 lit. a BGG gilt auch, wenn der kantonale Sachrichter nicht alle relevanten Tatsachen ermittelt, welche zur Rechtsanwendung nötig sind. Ein Entscheid, der nicht die zur Subsumtion notwendigen tatsächlichen Grundlagen enthält, ist folglich bundesrechtswidrig. Soweit es um die Anwendung von Bundesrecht geht, ist die unvollständige oder lückenhafte Sachverhaltsfeststellung (auch rechtsfehlerhafte Sachverhalts-

feststellung genannt) somit nach Art. 97 Abs. 1 BGG mittels Beschwerde in Zivilsachen geltend zu machen, weshalb entsprechende Rügen im kantonalen Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren nicht zulässig sind (Kass.-Nr. AA090022 vom 5.7.2010 Erw. II.2.2.c mit zahlreichen weiteren Hinweisen). Das gilt auch für allfällige ungenaue oder unspezifizierte tatsächliche Feststellungen.

d) Der Nichtigkeitsgrund der willkürlichen tatsächlichen Annahme im Sinne willkürlicher Beweiswürdigung liegt nur vor, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden unhaltbar erscheint, während eine vertretbare Beweiswürdigung unanfechtbar ist. Von der Willkür rüge zu unterscheiden ist die Aktenwidrigkeitsrüge. Mit dieser kann geltend gemacht werden, eine Feststellung beruhe auf einem offensichtlichen Versehen, indem ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden ist (und sich deshalb die angefochtene tatsächliche Feststellung als "blanker Irrtum" erweist [von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 27]). Aktenwidrig ist eine Feststellung daher dann, wenn sie den Inhalt der Akten unrichtig wiedergibt, willkürlich ist die Beweiswürdigung, wenn der richtige Akteninhalt offensichtlich unrichtig gewürdigt worden ist (ZR 81 [1982] Nr. 88, darauf verwiesen in ZR 107 [2008] Nr. 21 Erw. II.5.a; vgl. auch das zutreffende Zitat aus Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 44 zu § 281 in der Beschwerdeantwort KG act. 14 S. 5 Ziff. 17).

e) Die Vorinstanz führte kein Beweisverfahren durch. Bei den Rügen der aktenwidrigen und willkürlichen tatsächlichen Annahmen ist vorab zu prüfen, aus welchem Grund die Vorinstanz von der Durchführung eines Beweisverfahrens absah. Je nachdem geht es bei den Rügen um eine Verletzung von Bundesrecht (insbesondere Art. 8 ZGB) oder von kantonal-rechtlichen Vorschriften (vor allem § 133 ZPO ZH) (vgl. Kass.-Nr. AA090135 vom 28.12.2010 Erw. II.2.5).

2.2. Eine Aktenwidrigkeit im vorgenannten Sinn macht die Beschwerdeführerin nicht geltend. Sie beanstandet im Wesentlichen die vorinstanzliche Interpretation und behauptet nicht ein offensichtliches Versehen oder einen blanken Irrtum.

Auch wenn sie davon spricht, die Vorinstanz habe Aktenbestandteile übergangen, einen Inhalt eines bundesgerichtlichen Entscheides übersehen (KG act. 1 S. 8), das Wort "Konditionen" übersehen (KG act. 1 S. 9, S. 12), sei über einen Satzbestandteil hinweggegangen (KG act. 1 S. 10), habe Textelemente ausser Acht gelassen (KG act. 1 S. 12), den Hinweis auf ein Antwortcouvert übersehen (KG act. 1 S. 13 f.), macht sie damit keine Aktenwidrigkeit im vorgenannten Sinn geltend, sondern Willkür, wie insbesondere auch aus der Zusammenfassung in Ziff. 12 der Beschwerde hervorgeht, wo die Beschwerdeführerin ausführt, es habe der Vorinstanz beliebt, durch konsequente Negation (also gerade nicht irrtümliches Versehen) aktenmässig belegter Tatsachen den zu beurteilenden Sachverhalte zurechtzulegen (KG act. 1 S. 16). Die Aktenwidrigkeitsrügen gehen fehl.

2.3. Beweis ist über erhebliche streitige Tatsachen zu erheben (§ 133 ZPO ZH). Die Vorinstanz führte offensichtlich deshalb kein Beweisverfahren durch, weil sie keine streitigen Tatsachen als erheblich beurteilte. Vielmehr stellte sie einerseits auf Tatsachen ab, welche ihrer Auffassung nach nicht streitig waren (vgl. z.B. KG act. 2 S. 11 unten mit der Verweisung auf Klagebegründung [HG act. 1] und Klageantwort [HG act. 10]), und interpretierte andererseits das streitgegenständliche Formular HG act. 4/1 bzw. 15/1 und 15/2, welches als solches (d.h. als tatsächlich verwendetes Formular mit diesem Wortlaut und in dieser Aufmachung) für die Vorinstanz auch nicht streitig war. Die Vorinstanz nahm deshalb keine Beweiswürdigung vor; sie gelangte nicht aufgrund einer Beweiswürdigung zu tatsächlichen Feststellungen bezüglich erheblicher streitiger Tatsachen. Auch die Willkürwürgen, d.h. die Würgen der willkürlichen tatsächlichen Annahmen im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO ZH, gehen am angefochtenen Urteil vorbei und damit fehl. Die Auslegung des streitgegenständlichen Formulars, dessen Interpretation im Hinblick auf das UWG, ist ebenso Anwendung von Bundesrecht wie Annahmen aus der allgemeinen Lebenserfahrung. Auch die Frage der Relevanz von tatsächlichen Behauptungen beurteilt sich nach Bundesrecht. Auf die Würgen in diesen Bereichen kann nicht eingetreten werden.

2.4. Zu den beanstandeten vorinstanzlichen Erwägungen im Einzelnen:

a) Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin stelle ihr bereits teilweise ausgefülltes Formular potentiellen Kunden in der ganzen Schweiz zu. Dazu verwies sie auf HG act. 1 S. 5 Rz 13 und HG act. 10 S. 3 Rz 7 sowie S. 7 Rz 29 (KG act. 2 S. 11). Diese Feststellung wird von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet. Die Vorinstanz folgerte, es handle sich um einen Versand an einen breiten Adressatenkreis (KG act. 2 S. 11). Diese Feststellung wird von der Beschwerdeführerin beanstandet (KG act. 1 S. 6 f.). Dabei handelt es sich indes um eine rechtliche Schlussfolgerung aus der unangefochtenen tatsächlichen Feststellung des Versandes an potentielle Kunden in der ganzen Schweiz. Auch die Fragen, ob die Vorinstanz hätte ausführen müssen, "um welchen rechtserheblichen Adressatenkreis" es sich handle, und ob die Vorinstanz die Quantität des Massenversands hätte abklären müssen (KG act. 1 S. 11 f.), sind Fragen der Anwendung des Bundesrechts, welche die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht zur freien Prüfung unterbreiten und auf welche deshalb im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann. Mit der bezüglich der vorinstanzlichen Annahme des Versandes an einen breiten Adressatenkreis vorgebrachten Rüge der Willkür (KG act. 1 S. 7 oben) behauptet die Beschwerdeführerin Willkür in der Rechtsanwendung und nicht in der Tatsachenfeststellung. Dies betrifft die Anwendung von Bundesrecht.

b) Die Vorinstanz erwog, aufgrund des breiten Adressatenkreises könne nicht von einer grossen durchschnittlichen Aufmerksamkeit und Erfahrung der angesprochenen Kreise bei der Lektüre von Dokumenten mit juristischem Inhalt ausgegangen werden (KG act. 1 S. 11). Die Beschwerdeführerin rügt auch diese Erwägung als aus der Luft gegriffene Annahme (KG act. 1 S. 7). Dabei handelt es sich um eine Annahme aus der allgemeinen Lebenserfahrung. Auf die dagegen gerichtete Rüge kann nicht eingetreten werden. Ob der vorliegende Sachverhalt mit demjenigen vergleichbar ist, den das Bundesgericht im Urteil 4A_106/2009 vom 1.10.2009 (= BGE 136 III 23) beurteilte, ob vom Bundesgericht in jenem Urteil gemachte Aussagen auch auf den vorliegenden Fall bezogen werden können, wie das Formular der Beschwerdeführerin zu interpretieren und zu

werten ist und ob die Vorinstanz die konkreten Kenntnisse der von der Beschwerdeführerin angesprochenen Geschäftskreise hätte prüfen müssen, sind Fragen der Anwendung des Bundesrechts. Darauf kann vorliegend nicht eingetreten werden.

c) Das Gleiche gilt für die von der Vorinstanz explizit als notorisch bezeichnete (vgl. auch BGE 136 III 23, 47 Erw. 9.1.3) vorinstanzliche Erwägung, dass klein gedruckte Geschäftsbedingungen, die am Ende von vorgedruckten Vertragsformularen stehen, im Geschäftsalltag aus Zeitgründen oftmals nicht oder nur oberflächlich gelesen würden (KG act. 2 S. 12), und auf die dagegen gerichtete Rüge (KG act. 1 S. 7 f. lit. c).

d) Die Vorinstanz erwog, der Adressat könne regelmässig darauf vertrauen, dass die Essentialia des Vertrages nicht erst in klein gedruckten Textteilen am Ende des Formulars festgehalten seien (KG act. 1 S. 12). Auch diese von der Vorinstanz aus BGE 136 III 23, 47 Erw. 9.1.3 übernommene Erwägung beanstandet die Beschwerdeführerin (KG act. 1 S. 9 lit. d). Worauf ein Adressat vertrauen darf, ist eine Frage der Anwendung des Bundesrechts, insbes. von Art. 2 ZGB. Ob die bundesgerichtliche Erwägung auch auf das von der Beschwerdeführerin verwendete Formular (mit dem das Kleingedruckte einleitenden Wort "Konditionen") zutrifft, ist ebenfalls eine Frage der Anwendung des Bundesrechts. Auch darauf kann vorliegend nicht eingetreten werden.

e) Die Vorinstanz erwog, da die Beschwerdeführerin das Formular nur an Geschäftskunden versende, müsse davon ausgegangen werden, dass nicht jeder Mitarbeiter wisse, ob ein anderer Mitarbeiter bereits einen Auftrag erteilt oder eine Offerte verlangt habe und ob er dementsprechend nur noch die Richtigkeit des Eintrags überprüfen müsse, oder ob es darum gehe, zu entscheiden, ob überhaupt ein Eintrag gewünscht werde (KG act. 1 S. 12). Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz argumentiere damit an der Realität vorbei (KG act. 2 S. 9 f. lit. e). Ob sie das tat, ist eine Frage der Anwendung des Bundesrechts. Die Vorinstanz stellte diese Überlegung innerhalb ihrer rechtlichen Prüfung des Formulars der Beschwerdeführerin an. Auf dagegen gerichtete Rügen kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden.

f) Die Vorinstanz erwog, es finde sich im Formular der Beschwerdeführerin kein Hinweis darauf, dass es sich um eine Offerte für einen Vertragsschluss handle und nicht um die Bestätigung eines bereits erteilten Auftrags (KG act. 2 S. 12). Die Beschwerdeführerin rügt dies als tatsachenwidrig. Im Formular fänden sich sehr wohl sogar drei solche Hinweise (KG act. 1 S. 10 lit. f). Auch damit beanstandet die Beschwerdeführerin aber die vorinstanzliche Auslegung des Formulars und damit die Rechtsanwendung. Auch darauf kann nicht eingetreten werden.

g) Das gilt auch bezüglich der gerügten (KG act. 1 S. 10 f. lit. g) vorinstanzlichen Erwägung dazu, welcher Eindruck beim Durchschnittleser erweckt werden kann (KG act. 2 S. 13). Dabei handelt es sich um Auslegung des Formulars (vgl. dazu vorstehend Erw. 2.1.b), wie die Beschwerdeführerin selber erwähnt (KG act. 1 S. 11 oben). Darauf kann nicht eingetreten werden.

h) Das gilt auch bezüglich der gerügten (KG act. 1 S. 11 lit. h) vorinstanzlichen Erwägung dazu, welchen Eindruck das Formular (bzw. ein Teil davon) erwecke (KG act. 2 S. 13).

i) Die Vorinstanz erwog, in solchen kleingedruckten Texten (wie in demjenigen auf dem streitgegenständlichen Formular der Beschwerdeführerin) befänden sich üblicherweise die allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche den durchschnittlichen Leser in der Regel nicht besonders interessierten und oft überlesen würden, und nicht die Essentialia (KG act. 2 S. 13). Die Beschwerdeführerin beanstandet auch diese Erwägung (KG act. 1 S. 11 f. lit. i). Dabei handelt es sich indes um die Anwendung allgemeiner Lebenserfahrung (vorstehend Erw. 2.1.b). Auch darauf kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden.

Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, die Vorinstanz hätte über die effektive Schriftgrösse und darüber, welches Formular das richtige sei, Beweis erheben müssen (KG act. 1 S. 11 f. lit. i). Abgesehen davon, dass die Beschwerdeführerin damit eine Frage der Relevanz aufwirft (sind die Unterschiede bei den im Recht liegenden Formularen bzw. Kopien für die Rechtsanwendung relevant, so dass unter diesem Aspekt Beweis darüber - d.h.

wohl über die Echtheit oder Authentizität - abzunehmen wäre?), worauf im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann, bezieht die Vorinstanz ihre Erwägungen auf das Formular HG act. 15/1, da auf diesem das Formular der Beschwerdeführerin in Originalgrösse abgebildet werde (KG act. 2 S. 19 Erw. 3). Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend und sie zeigt schon gar nicht auf, dass im vorinstanzlichen Verfahren umstritten gewesen wäre, dass auf dem Dokument HG act. 15/1 das streitgegenständliche Formular in Originalgrösse abgebildet ist. War das nicht streitig, musste darüber auch kein Beweis abgenommen werden.

Auch die Frage, ob die vorinstanzliche Erwägung deshalb unrichtig ist, weil das Kleingedruckte mit dem Wort "Konditionen" beginnt (KG act. 1 S. 12), ist eine solche der Rechtsanwendung, worauf nicht eingetreten werden kann.

j) Die Vorinstanz erwog, im ersten Satz des kleingedruckten Textes werde festgehalten, dass der Eintrag freiwillig sei. Sodann werde auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen verwiesen, die auf der Homepage oder bei der Beschwerdeführerin erhältlich seien. Dies verstärkte den Eindruck, dass im Kleingedruckten nur unwesentliche Bestimmungen aufgeführt seien, welche den Durchschnittsleser nicht gross interessierten (KG act. 2 S. 13).

Die Beschwerdeführerin rügt, dabei gehe der Vorinstanz der Blick für das reale Ganze abhanden (KG act. 1 S. 12). Auch damit beanstandet die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Rechtsanwendung. Darauf kann nicht eingetreten werden.

Als tatsachenwidrig bezeichnet die Beschwerdeführerin den Passus, sodann werde auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwiesen. Nach dem ersten Satz zur Freiwilligkeit des Eintrags werde vielmehr explizit erklärt, dass es sich um ein Angebot handle, auf welches eingehe, wer das Formular retourniere (KG act. 1 S. 12 lit. j).

Ob dies für die vorinstanzliche Interpretation relevant ist oder nicht, ist eine Frage der Rechtsanwendung. Auch darauf kann nicht eingetreten werden. Ein

Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO ZH wird damit nicht dargetan. Die Vorinstanz kopierte das Dokument HG 15/1 vollumfänglich in ihr Urteil (KG act. 2 S. 4). Es ist ausgeschlossen, dass sie übersehen hätte, dass zwischen dem ersten Satz im Kleingedruckten und dem Hinweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zwei weitere Sätze stehen. Vielmehr mass sie diesen im Textablauf (Hinweis auf die Freiwilligkeit im ersten Satz; später Verweisung auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen) keine eigenständige (über den Hinweis auf die Freiwilligkeit hinausgehende) Bedeutung bei. Auch diese Relevanzfrage ist eine solche der Rechtsanwendung, worauf vorliegend nicht eingetreten werden kann.

k) Die Vorinstanz erwog, die zentralen Bestandteile des Vertrages, wie die Vertragspartei, die Kosten und die Dauer, seien lediglich im schwach gedruckten, klein geschriebenen Abschnitt der Offerte aufgeführt, wo sie vom Durchschnittsadressaten kaum erwartet würden. Weder in einer Überschrift, einer Betreffzeile, einer Anrede noch bei der Unterschriftszeile fänden sich die Essentialia des Vertrages (KG act. 2 S. 14).

Die Beschwerdeführerin macht dazu geltend, obschon die Vorinstanz davon Kenntnis habe, dass die Formulare per Massenversand verschickt würden, nehme sie an, dass das auf Seite 4 des Urteils abgebildete Formular HG act. 15/1 repräsentativ für die anderen verschickten Formulare wäre. Im Formular gemäss Klagebeilage 1 (HG act. 4/1) sei ein schwächerer Druck nicht aktenkundig. Es sei kein Beweis darüber geführt worden, dass der angeblich schwächere Druck generell für die Formulare der Beschwerdeführerin System hätte (KG act. 1 S. 13 lit. k).

Einerseits zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf, dass vor Vorinstanz umstritten gewesen wäre, dass das Formular HG act. 15/1 im Wesentlichen die von ihr verschickten Formulare darstellt. Die Vorinstanz hatte deshalb keinen Anlass für eine andere Annahme. Andererseits war für die Vorinstanz nicht der schwächere Druck wesentlich, sondern der Umstand, dass die Essentialia bloss im Kleingedruckten und nicht in der Überschrift, einer Betreffzeile, einer Anrede oder der Unterschriftszeile enthalten sind. Daran geht die Rüge vorbei und auch deshalb fehl.

l) Die Vorinstanz erwog, die Herkunft des Formulars sei aufgrund der Gestaltung nicht ohne weiteres ersichtlich (KG act. 2 S. 14). Die Beschwerdeführerin rügt auch das als tatsachenwidrig (KG act. 1 S. 13 f. lit. l). Auch dabei handelt es sich indes nicht um eine tatsächliche Feststellung der Vorinstanz, sondern um eine auf der Grundlage allgemeiner Lebenserfahrung vorgenommene Interpretation der Gestaltung des Formulars. Auch auf dagegen gerichtete Rügen kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden (vorstehend Erw. 2.1.a und 2.1.b).

m) Im Fazit (KG act. 2 S. 14 Titel 2.1.5) ihrer Würdigung (KG act. 2 S. 10 Titel 2.1.4) erwog die Vorinstanz u.a., es müsse davon ausgegangen werden, dass die Gestaltung des Formulars bewusst darauf abziele, den durchschnittlichen Leser davon abzulenken, dass es sich um eine Offerte für einen neuen, kostenpflichtigen Vertrag handle; es gebe keinen sachlichen Grund, eine Offerte in einer derartigen Aufmachung zu gestalten; es entstehe der Eindruck, dass die Vermerke und Hinweise, aus denen der Leser allenfalls den Offertcharakter erkennen könne, blosser Alibifunktion hätten (KG act. 1 S. 15); es sei nicht davon auszugehen, dass es viele Geschäftsleute gebe, die sich irrtumsfrei für Fr. 860.-- im Jahr im Verzeichnis der Beschwerdeführerin eintragen liessen, ohne mehr über die Qualität der Gegenleistung zu erfahren (KG act. 2 S. 16). Auch diese Erwägungen rügt die Beschwerdeführerin als tatsachenwidrig, nicht beweiskräftig erstellt, unhaltbar, unergründlich (KG act. 1 S. 14 f. lit. m - p). Auch bei diesen vorinstanzlichen Erwägungen handelt es sich indes um die Anwendung allgemeiner Lebenserfahrung und um Rechtsanwendung (vgl. auch die vorinstanzlichen Hinweise auf das bundesgerichtliche Urteil vom 1.10.2009 4A_106/2009 = BGE 136 III 23). Auch die dagegen gerichteten Rügen (vgl. insbes. auch KG act. 1 S. 16 Ziff. 12) sind im vorliegenden Verfahren nicht zulässig.

3. Bezüglich sämtlicher vorinstanzlicher Erwägungen, welche die Beschwerdeführerin unter lit. C der Beschwerde KG act. 1 S. 6 - 16 Ziff. 11.a - 11.p als aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahmen beanstandet (vorstehend Erw. 2.2.), macht sie auch geltend, die Vorinstanz habe damit auch die Verhandlungsmaxime im Sinne von § 54 Abs. 1 ZPO ZH verletzt. Diese (von der

Beschwerdeführerin als solche bezeichneten) Tatsachen seien von der Beschwerdegegnerin nicht behauptet worden (KG act. 1 S. 16 - 18 lit. D).

a) Bei den von der Beschwerdeführerin zitierten vorinstanzlichen Erwägungen handelt es sich ausnahmslos um (rechtliche) Schlussfolgerungen aus (als solchen nicht umstrittenen) Parteibehauptungen, um die Anwendung allgemeiner Lebenserfahrung oder um Rechtsanwendung (vorstehend Erw. 2.4). Das Recht wendet das Gericht von Amtes wegen an (§ 57 ZPO ZH). Die Rechtsanwendung unterliegt mithin nicht der Verhandlungsmaxime. Auch allgemein bekannte Tatsachen und Erfahrungssätze können vom Gericht berücksichtigt werden, auch wenn sie nicht speziell behauptet worden sind (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 54; vgl. auch BGE 112 II 172, 181 Erw. I.2.c m.w.H., Kass.-Nr. AA060189 vom 5.10.2007 Erw. II.2.b.bb, Kass.-Nr. AA060092 vom 30.4.2007 Erw. II.6.c, Kass.-Nr. AA090162 vom 24.1.2011 Erw. II.4.1, Kass.-Nr. AA080048 vom 23.3.2009 Erw. III.1.1.2.c). Im Wesentlichen prüfte die Vorinstanz mit den angefochtenen Erwägungen die von der Beschwerdeführerin verwendeten Formulare und stellte dazu rechtliche Erwägungen an. Das war ihr nicht nur erlaubt, sondern das hatte sie gestützt auf § 57 ZPO ZH auch zu tun, ohne dass die Parteien selber entsprechende Überlegungen vorgetragen oder Behauptungen aufgestellt hätten. Die Rüge geht fehl.

b) Die Rüge, die Vorinstanz hätte den Hinweis am Formularende, den Antrag mittels beigelegtem Antwortcouvert zu retournieren, nicht übergehen dürfen, da es sich um eine offenkundige Tatsache handle (KG act. 1 S. 18 Ziff. 14), betrifft nicht die Verhandlungsmaxime (die Vorinstanz erwog nicht etwa, dieser Hinweis sei wegen der Verhandlungsmaxime nicht zu beachten), sondern die Relevanz und damit die Rechtsanwendung. Auch darauf kann nicht eingetreten werden.

4. Die Beschwerdeführerin rügt weiter, in dem Mass, wie die Vorinstanz die Verhandlungsmaxime verletzt habe, sei sie ihrer richterlichen Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO ZH nicht nachgekommen. Soweit Tatsachenbehauptungen der Beschwerdegegnerin unvollständig geblieben seien, hätte die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin zu befragen gehabt. Was die Vorinstanz zur Begründung

ihres Urteils herangezogen habe, figuriere nicht im tatsächlichen, sondern im rechtlichen Teil der Klageschrift der Beschwerdegegnerin. Rechtliche Ausführungen einer Partei bedürften keiner Bestreitung, derweil das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden habe. Im Folgenden zitiert die Beschwerdeführerin wiederum die vorinstanzlichen Erwägungen, welche sie unter lit. C der Beschwerde als aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahmen beanstandet hat (KG act. 1 S. 18 - 20 f. lit. E).

Die Rüge ist nicht nachvollziehbar. Abgesehen davon, dass der Sinn des (zutreffenden) Hinweises, dass rechtliche Ausführungen einer Partei keiner Bestreitung bedürften und das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden habe, in diesem Zusammenhang nicht verständlich ist, wirkt die richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO ZH zugunsten derjenigen Partei, der demnach durch richterliche Befragung Gelegenheit zur Behebung eines Mangels zu geben ist. Eine Rüge einer beschwerdeführenden Partei, die Gegenpartei sei nicht im Sinne von § 55 ZPO ZH befragt worden, ist nicht zulässig. § 281 ZPO ZH setzt einen Nachteil des Nichtigkeitsklägers voraus. Ein solcher ist nicht vorhanden, wenn ein Verfahrensgrundsatz, dessen Anwendung sich zugunsten der Gegenpartei auswirken würde, nicht angewendet wurde.

5. Dieselben vorinstanzlichen Erwägungen, welche sie unter lit. C der Beschwerde als aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahmen beanstandet (KG act. 1 S. 6 - 16) und bezüglich welcher sie eine Verletzung der Verhandlungsmaxime (KG act. 1 S. 16 - 18) und der richterlichen Fragepflicht (KG act. 1 S. 18 - 20) gerügt hat, führt die Beschwerdeführerin zur Begründung der Rüge der "Verletzung des Grundsatzes des Beweisverfahrens" an (KG act. 1 S. 20 f.). Auch auf diese Rüge kann nicht eingetreten werden:

a) Art. 8 ZGB regelt für das Bundesprivatrecht einerseits die Beweislastverteilung und gibt andererseits der beweisbelasteten Partei einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden. Art. 8 ZGB ist daher insbesondere verletzt, wenn der kantonale Richter unbewiesene Parteibehauptungen unbekümmert darum, dass sie von der Gegenseite bestritten worden sind, als richtig hinnimmt, oder über rechtserhebliche Tatsachen *über-*

haupt nicht Beweis führen lässt. Demgegenüber verletzt nach konstanter bundesgerichtlicher Praxis eine *beschränkte* Beweisabnahme Art. 8 ZGB nicht, soweit der Richter schon nach deren Ergebnis (in antizipierender Beweiswürdigung) von der Sachdarstellung einer Partei überzeugt ist, gegenteilige Behauptungen also für unbewiesen hält. Mit anderen Worten bestimmt Art. 8 ZGB *dass*, aber nicht *wie bzw. in welchem Umfang* die Partei zum Beweis zuzulassen ist.

Auf kantonalrechtlicher Ebene wird nach § 133 ZPO ZH (unter anderem) Beweis erhoben über erhebliche streitige Tatsachen. Das damit angesprochene Recht auf Beweisführung stellt einen Ausfluss des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs. Es gibt der beweisbelasteten Partei ebenfalls einen Anspruch auf Abnahme form- und fristgerecht anbotener Beweise zu rechtlich erheblichen strittigen Behauptungen.

Was das - hier im Hinblick auf die Zulässigkeit der Rüge massgebliche - *Verhältnis von Art. 8 ZGB zu § 133 ZPO ZH* betrifft, ist somit festzuhalten, dass Art. 8 ZGB immer (und in diesem Kontext *nur dann*) dann verletzt ist, wenn der kantonale Richter über eine für seinen Entscheid massgebliche und bestrittene Parteibehauptung *überhaupt keinen Beweis führen lässt* und diese als richtig hinnimmt, während die *Abnahme einzelner (aber nicht aller angerufenen) Beweise*, d.h. die blosser *Verkürzung* der prozessualen Rechte, nicht unter Art. 8 ZGB fällt, sondern kantonales Recht bzw. Verfassungsrecht (Art. 29 Abs. 2 BV) betrifft. Soweit sich die Bestimmung von § 133 ZPO ZH mit dem Gehalt von Art. 8 ZGB deckt, kommt ihr keine selbständige Bedeutung zu; die Verletzung des Beweisführungsanspruchs ist in diesem Fall als Verletzung von Art. 8 ZGB mit dem bundesrechtlichen Rechtsmittel vor Bundesgericht zu rügen, und auf die Rüge der Verletzung von § 133 ZPO ZH ist insoweit gemäss ständiger Rechtsprechung im kantonalen Beschwerdeverfahren mit Blick auf § 285 ZPO ZH nicht einzutreten (Kass.-Nr. AA090022 vom 5.7.2010 Erw. II.2.2.d mit zahlreichen weiteren Hinweisen; vgl. auch Kass.-Nr. AA090136 vom 20.12.2010 Erw. III.1.2.b.aa).

b) Die Beschwerdeführerin macht nicht eine beschränkte Beweisabnahme geltend, sondern rügt, dass die Vorinstanz überhaupt kein Beweisverfahren durchgeführt habe. Auf diese Rüge ist nach dem Gesagten nicht einzutreten.

6. Unter dem Titel "Verletzung des rechtlichen Gehörs" beanstandet die Beschwerdeführerin vorab wiederum, dass die Vorinstanz kein Beweisverfahren durchgeführt habe (KG act. 1 S. 22 Ziff. 18 und 19). Dazu ist auf die vorstehende Erwägung zu verweisen. Die Rüge kann beim Bundesgericht vorgebracht werden. Deshalb kann im vorliegenden Verfahren nicht darauf eingetreten werden, und zwar auch insoweit, als die Beschwerdeführerin die Unterlassung der Durchführung eines Beweisverfahrens auch als Verletzung ihres Gehörsanspruchs rügt (vgl. etwa Kass.-Nr. AA050128 vom 17.5.2006 Erw. II.3.2 und Kass.-Nr. AA050186 vom 20.10.2006 Erw. II.3.d).

7. Ebenfalls als Verletzung ihres Gehörsanspruch beanstandet die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz ihr nicht vor Erlass des Urteils Gelegenheit gegeben habe, zu den notorischen Annahmen und angewandten Erfahrungsgrundsätzen Stellung zu nehmen. Als solche zitiert die Beschwerdeführerin wiederum diejenigen, welche sie unter lit. C der Beschwerde als aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahmen beanstandet (KG act. 1 S. 6 - 16) und bezüglich welcher sie eine Verletzung der Verhandlungsmaxime (KG act. 1 S. 16 - 18), der richterlichen Fragepflicht (KG act. 1 S. 18 - 20) und des Grundsatzes des Beweisverfahrens (KG act. 1 S. 20 f.) gerügt hat (KG act. 1 S. 22 - 24).

a) Als notorische Tatsachen, bezüglich welcher ihr die Vorinstanz habe Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen, bezeichnet die Beschwerdeführerin solche im Sinne von § 133 Satz 2 ZPO ZH (KG act. 1 S. 22 Ziff. 20). Dabei handelt es sich um gerichtsnotorische Tatsachen, d.h. nicht allgemein bekannte, sondern einzelfallspezifische, welche dem einzelnen Gericht aus seiner amtlichen Tätigkeit (aus dem konkreten Verfahren oder aus andern Verfahren) bekannt sind (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 11 zu § 133) und über welche, hätte das Gericht davon nicht sichere Kenntnis, Beweis abzunehmen wäre. Davon zu unterscheiden sind allgemein (nicht nur spezielle, dem einzelnen Gericht aus seiner amtlichen Tätigkeit) bekannte Tatsachen als allgemeine Erfahrungsgrundsätze. Erstere (gerichtsnotorische Tatsachen) muss der Richter formell ins Verfahren einführen. Er muss den Parteien eröffnen, dass er Beweiserhebungen nicht für notwendig erachtet, weil er die betreffenden Tatsachen für

gerichtskundig hält, und hat den Parteien Gelegenheit einzuräumen, sich zu äussern und allenfalls Zweifel an der Notorietät anzumelden oder den Beweis der Unrichtigkeit zu führen (Kass.-Nr. AA080111 vom 5.6.2009 Erw. III.3.a). Über weitere (allgemein bekannte Tatsachen, Erfahrungstatsachen, Grundsätze der allgemeinen Lebenserfahrung) ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein Beweis abzunehmen, weil sie gleichsam die Funktion von Normen übernehmen (Viktor Lieber, Die neuere kassationsgerichtliche Rechtsprechung zum Beweisrecht im Zivilverfahren, in: Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 221 ff., 227). Derartige Erfahrungssätze werden vom Bundesgericht einer Rechtsnorm gleichgestellt. Sie brauchen nicht behauptet zu werden (Kass.-Nr. AA060092 vom 30.4.2007 Erw. II.6.3).

b) Bei den von der Beschwerdeführerin zur Begründung ihrer Rüge der Verletzung ihres Gehörsanspruchs angeführten "Tatsachen" (KG act. 1 S. 23 f. lit. a - p) handelt es sich nicht um gerichtsnotorische Tatsachen im Sinne von § 133 zweiter Satz ZPO ZH. Vielmehr handelt es sich um eine rechtliche Interpretation von übereinstimmenden Parteibehauptungen (KG act. 1 S. 23 lit. a, vgl. dazu vorstehend Erw. 2.4.a) und in diesem Sinne um Rechtsanwendung bzw. um die rechtliche Prüfung der streitgegenständlichen Formulare der Beschwerdeführerin unter Verwendung allgemein bekannter Tatsachen (bzw. Tatsachen, welche von der Vorinstanz als allgemein bekannt vorausgesetzt werden) und unter Anwendung allgemeiner Lebenserfahrung (KG act. 1 S. 23 f. lit. b - p) und auch in diesem Sinne um Rechtsanwendung.

c) Der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör ist verletzt, wenn das Gericht einen Entscheid mit einer völlig neuen Begründung, welche die Parteien in keiner Weise erwarten müssen, versehen will und wenn den dadurch möglicherweise Betroffenen keine Möglichkeit gegeben wird, sich vorgängig dazu zu äussern. Umgekehrt ist daraus ersichtlich, dass der Gehörsanspruch grundsätzlich keine Pflicht des Gerichts statuiert, den Parteien seine Rechtsauffassung vor der Urteilsfällung bekanntzugeben, zumindest wenn die Parteien aufgrund des Prozessstoffes und ihrer Vorbringen mit einer solchen Begründung rechnen müssen. Auf eine von den Parteien nicht vorgebrachte, vom Gericht aber als

entscheidend betrachtete Rechtsauffassung müssen die Parteien nach kantonaler Praxis (nur) dann hingewiesen werden, wenn anzunehmen ist, sie könnten ihre Vorbringen im Hinblick darauf in tatsächlicher Hinsicht vervollständigen (Kass.-Nr. AA090012 vom 30.4.2010 Erw. II.8 mit weiteren Hinweisen; ZR 108 [2009] Nr. 32; ZR 90 [1991] Nr. 85 S. 282/283). Dies gilt auch für die Verwendung von Erfahrungstatsachen und die Anwendung allgemeiner Lebenserfahrung, welche das Bundesgericht funktionell Rechtsnormen gleichstellt.

d) Davon, dass die Vorinstanz das angefochtene Urteil mit den von der Beschwerdeführerin zitierten Erwägungen mit einer Begründung versehen hätte, mit welcher die Beschwerdeführerin in keiner Weise hätte rechnen müssen und zu der sie sich nicht hätte äussern können, kann keine Rede sein. Vielmehr brachte bereits die Beschwerdegegnerin die wesentlichsten Aspekte der von der Beschwerdeführerin zitierten vorinstanzlichen Erwägungen im vorinstanzlichen Verfahren vor (vgl. insbes. HG act. 1 S. 5 f. Ziff. 13 - 18, S. 8 Ziff. 29, S. 11 Ziff. 42, S. 13 Ziff. 50 und 51, S. 15 Ziff. 58 und 62, HG act. 14 S. 2 ad 8, S. 4 ad 30 zweiter Absatz, S. 5 ad 35) und hatte die Beschwerdeführerin deshalb Gelegenheit und Anlass zur Stellungnahme. Abgesehen davon zeigte die Beschwerdeführerin nicht auf und ist auch nicht ersichtlich, dass und inwiefern sie ihre tatsächlichen Vorbringen hätte vervollständigen können, wenn sie vor dem Urteil Kenntnis von den vorinstanzlichen Erwägungen gehabt hätte. Die Rüge der Verletzung des Gehörsanspruchs geht fehl.

8. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Begründungspflicht (KG act. 1 S. 21 Ziff. 17, S. 22 Ziff. 20 und S. 24 Ziff. 24). Diese Rüge ist im vorliegenden Verfahren bezüglich der Anwendung des Bundesrechts (mit der Verwendung von Erfahrungstatsachen und der Anwendung allgemeiner Lebenserfahrung [vorstehend Erw. 7.c) unzulässig (§ 285 ZPO ZH; vgl. ZR 107 [2008] Nr. 79). Darauf ist nicht einzutreten.

9. Auch auf die Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts (KG act. 1 S. 24 - 28) kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden (vorstehend Erw. 2.1.a). Die Spezialbestimmung von § 285 ZPO ZH geht § 281 Ziff. 3 ZPO ZH

vor (vgl. z.B. Kass.-Nr. AA070068 [damit vereinigt Kass.-Nr. 070070] vom 25.3.2008 Erw. III.3.a).

10. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 Abs. 1 BV (KG act. 1 S. 28 Ziff. 28). Auch diese Frage prüft das Bundesgericht mit freier Kognition (Art. 95 lit. a BGG), und auch diese Frage ist damit von der Ausschlussbestimmung von § 285 ZPO ZH erfasst. Auch auf diese Rüge kann nicht eingetreten werden.

11. Zusammenfassend wies die Beschwerdeführerin mit den Rügen, welche im vorliegenden Verfahren geprüft werden können, keinen Nichtigkeitsgrund nach. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens (die Beschwerdegegnerin obsiegt mit ihrem Antrag auf Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne) braucht auf die Beschwerdeantwort nicht einzeln eingegangen zu werden.

IV.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH). Dementsprechend ist die Beschwerdeführerin zu verpflichten, die Beschwerdegegnerin für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO ZH). Die vorinstanzliche Bestimmung des Streitwerts mit Fr. 100'000.-- (KG act. 2 S. 19 Erw. IV) wurde nicht angefochten. Davon ist auszugehen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 8'750.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 5'500.-- zu bezahlen.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 100'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Handelsgerichtes vom 31. Mai 2010 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär